

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PHILIPPE CESAR MARIA ANDRADE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PAIS SEPARADOS
POR ATO ILÍCITO DE FILHO MENOR

Florianópolis
Junho de 2012

Philippe Cesar Maria Andrade

A responsabilidade civil de pais separados por ato ilícito de filho menor

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. MSc. Renata Raupp Gomes

Florianópolis

Junho de 2012

Autor: Philipe Cesar Maria Andrade

Título: A responsabilidade civil de pais separados por ato ilícito de filho menor

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Florianópolis (SC), 23 de junho de 2012

Profª. MSc. Renata Raupp Gomes

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo investigar o problema da responsabilidade civil de pais separados por ato ilícito cometido por filho menor. Pretende-se averiguar a quem deve ser atribuída a responsabilidade civil nas situações envolvendo pais separados, analisando-se os institutos do poder familiar e da guarda, pesquisando-se a jurisprudência e interpretando-se a lei.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1: Responsabilidade Civil	8
• Conceito	8
• Evolução histórica	9
• Pressupostos da responsabilidade civil	12
• Ação.....	13
• Nexo de causalidade	13
• Dano	14
• Nexo de Causalidade	16
• Conceito.....	16
• Distinção entre nexo de causalidade e nexo de imputação	17
• Teorias sobre o nexo de causalidade.....	18
• A teoria adotada pelo Código Civil brasileiro	19
• A responsabilidade subjetiva	20
• A responsabilidade objetiva	21
• A responsabilidade civil por ato de terceiro	22
CAPÍTULO 2: Os deveres e direitos dos pais fundados no poder familiar	26
2.1 O poder familiar	26
2.1.1 Histórico e evolução	26
2.1.2 Conceito e características	30
2.1.3 Suspensão e perda do poder familiar	33
2.1.3.1 Suspensão do poder familiar	34
2.1.3.2 Perda do poder familiar	35
2.1.4 Extinção do poder familiar	39
2.2 Guarda	40
2.2.1 Modalidades de guarda	41
2.2.1.1 Guarda unilateral	42
2.2.1.2 Guarda compartilhada	44

2.3 Relações entre poder familiar e guarda	47
--	----

CAPÍTULO 3: A responsabilidade civil dos pais separados pelos danos causados por filho

menor	51
--------------------	-----------

3.1 A responsabilidade civil dos pais e a hermenêutica do art. 932, inciso I, do Código Civil	51
---	----

3.2 A doutrina e a jurisprudência sobre a responsabilidade civil dos pais separados.....	55
--	----

CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
-----------------------------------	-----------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65
---	-----------

INTRODUÇÃO

Tem-se observado, nos últimos anos, um crescimento no número de divórcios no Brasil, fato que pode ser comprovado através dos recentes relatórios estatísticos do IBGE. Ciente desta nova realidade, o legislador constituinte elaborou a Emenda Constitucional nº 66, a qual veio facilitar os trâmites da dissolução dos casamentos, pondo fim às exigências temporais e impulsionando o aumento das taxas de divórcio no país.

Consequentemente, com a expansão das dissoluções conjugais, houve um crescimento do número de pais separados e, por conseguinte, um aumento das questões envolvendo a guarda dos filhos, dentre elas o problema da responsabilidade civil dos ex-cônjuges pelos atos praticados pelos filhos menores.

Este panorama serve para demonstrar a necessidade do estudo da responsabilidade civil dos pais separados, tendo-se em vista a relevância deste assunto na sociedade brasileira atual.

Soma-se a este cenário a importância do instituto da responsabilidade civil na vida moderna, onde os indivíduos não podem mais valer-se da Lei de Talião - olho por olho, dente por dente – e dependem do Poder Judiciário para resolverem suas contendas, buscando a reparação do dano.

Portanto este trabalho abordará o problema da responsabilidade civil dos pais separados por atos ilícitos praticados por filho menor.

O primeiro capítulo apresentará as ideias gerais sobre responsabilidade civil, lançando os fundamentos para a compreensão da responsabilidade civil dos pais separados.

O segundo capítulo, por sua vez, versará acerca do poder familiar e da guarda, os quais são institutos fundamentais para o estudo da responsabilidade civil dos pais.

Por último, o terceiro capítulo aprofundar-se-á na questão da responsabilidade civil dos pais separados, discorrendo sobre as linhas de interpretação do instituto e trazendo a jurisprudência e doutrina sobre o assunto.

Capítulo 1 - Responsabilidade Civil

1.1 Conceito

Na busca pelas origens da palavra **responsabilidade**, alguns autores, tais como José de Aguiar Martins e Maria Helena Diniz, aduzem que o vocábulo advém do termo latino *Spondeo*, sendo esta a expressão utilizada na Roma Antiga para firmar contratos verbais. Através da fórmula “*Spondes? Spondeo*” (Prometes? Prometo), o devedor vinculava-se à obrigação, comprometendo-se a cumprir o contrato. Portanto, quando analisada semanticamente, a palavra responsabilidade traz o sentido de contraprestação, de obrigação.

Cavaliere Filho (2009, p. 2) define a responsabilidade civil como sendo “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”

Esta definição torna-se mais clara se utilizarmos um exemplo: um indivíduo, quando causa dano à imagem de outra pessoa, fere um dever jurídico. O dever jurídico violado originará o dever jurídico sucessivo de reparação do dano (indenização). Este dever jurídico secundário é a responsabilidade civil.

Por meio desta noção de dever jurídico originário e dever jurídico sucessivo é que se pode fazer a distinção entre obrigação e responsabilidade civil. Neste ponto, Cavaliere Filho (2009, p. 2) ensina que:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação.

Fernando Noronha (2010, p. 452), ao caracterizar a responsabilidade civil, divide o instituto em dois grupos: a responsabilidade negocial e a responsabilidade civil em sentido estrito (ou geral). O autor faz a seguinte distinção entre elas:

[A responsabilidade negocial é] a obrigação de reparação de danos resultantes do inadimplemento, da má execução ou do atraso no cumprimento de obrigações negociais (isto é, nascidas de contratos e de negócios jurídicos unilaterais). [...] [A

responsabilidade civil em sentido estrito, ou técnico, ou ainda responsabilidade civil geral refere-se às]obrigações que visam a reparação de danos resultantes da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios.

A responsabilidade negocial, apresentada por Fernando Noronha, corresponde à responsabilidade contratual, sendo esta a nomenclatura tradicionalmente utilizada pela maioria dos autores. Do mesmo modo, a responsabilidade civil em sentido estrito é tradicionalmente chamada de responsabilidade extracontratual.

Portanto, analisando as diferentes acepções, pode-se resumir que a responsabilidade civil é o dever do agente de reparar o dano causado a terceiro. Este dever pode decorrer de um acordo (responsabilidade negocial, ou ainda, responsabilidade contratual) ou da Lei (responsabilidade em sentido estrito, também conhecida como responsabilidade extracontratual).

• **Evolução Histórica**

Para aprofundar a problemática proposta no presente trabalho, faz-se necessário traçarmos a evolução da responsabilidade civil, uma vez que o direito é dinâmico, de modo que os institutos jurídicos adaptam-se às novas demandas que surgem na sociedade.

Nos prelúdios da civilização, o dano era reparado através da vingança coletiva, na qual aquele que causava um dano a outrem recebia uma reação conjunta do grupo da vítima, afetando todos os membros da família do autor do delito.

É neste cenário que surge a Lei de Talião, encontrada no Código de Hamurabi e conhecida pela frase “olho por olho, dente por dente”. Esta foi uma das primeiras normas que trouxe uma evolução à responsabilidade civil, pois veio para limitar o alcance da vingança, restringindo-a ao indivíduo que praticou o ato danoso, transformando-a em vingança privada. Maria Helena Diniz (2010, p. 11) assevera que, nesta época, “a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano.”

Posteriormente à Lei de Talião, surge a *Lex Aquilia*, cuja importância representa um marco na história da responsabilidade civil, uma vez que foi ela que estabeleceu a ideia da averiguação da culpa do agente. Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 11) explicam-na nos seguintes termos:

Constituída de três partes, sem haver revogado totalmente a legislação anterior, sua grande virtude é propugnar pela substituição das multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado.[...] Com efeito, regulava ela o *damnum injuria datum*, consistente na destruição ou deteriorização da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido coisa corpórea ou incorpórea, sem justificativa legal. Embora sua finalidade original fosse limitada ao proprietário de coisa lesada, a influência da jurisprudência e as extensões concedidas pelo pretor fizeram com que se construísse uma efetiva doutrina romana da responsabilidade civil.

Venosa (2003, p. 18), por sua vez, enfatiza a importância da *Lex Aquilia* para a construção da noção de responsabilidade extracontratual, mostrando-nos que:

O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual.

Discorrendo sobre a contribuição da *Lex Aquilia* para a construção da ideia de culpa, Fernando Noronha (2010, p. 556) aduz que:

Com a Lei Aquília e a evolução subsequente, o direito romano deu um passo importante no sentido de um princípio geral de obrigação de indenizar por todos os danos culposamente causados na pessoa ou em bens alheios, que hoje é a base da responsabilidade objetiva.

Assim, pode-se inferir que a Lei Aquília foi um passo marcante na evolução do instituto uma vez que, de um lado, trouxe a noção de responsabilidade extracontratual (responsabilidade em sentido estrito) e, de outro, contruiu a ideia da culpa, introduzindo a responsabilidade subjetiva.

Permitindo-se um salto histórico, afirma-se que o surgimento do Código de Napoleão em 1804 foi o responsável por influenciar a legislação de muitos países. Nas palavras de José de Aguiar Dias (1995, p. 20) “veio o Código Napoleão e bebeu nas lições de Domat e Pothier, inspiração para seus arts. 1382 e 1383. A responsabilidade se funda na culpa, foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo mundo”

Continuando a escala evolutiva da responsabilidade civil, tem-se o advento da Teoria do Risco, fruto dos tempos modernos, tal como leciona Maria Helena Diniz (2010, p. 12):

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim

os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização.

A Teoria do Risco, a qual voltar-se-á a abordar oportunamente, abandona a averiguação da culpa do agente, afastando-se da ideia de responsabilidade subjetiva, trazendo de volta o objetivismo dos tempos primórdios.

No Brasil, a responsabilidade civil objetiva (teoria do risco) foi recepcionada no art. 927 do Código Civil, enquanto a responsabilidade civil baseada na existência de culpa está consagrada nos arts. 186 e 187 do mesmo diploma legal.

Deste modo, analisando-se a evolução histórica exposta, pode-se perceber que, atualmente, a responsabilidade subjetiva convive com a responsabilidade objetiva. Tem-se, de um lado, o retorno à ideia da responsabilidade sem verificação de culpa – tão comum nos primórdios da civilização – e, de outro, a consagração do subjetivismo da Lei Aquiliana. Ambas correntes coexistem no ordenamento jurídico brasileiro, evidenciando-se, assim, a flexibilidade do instituto da responsabilidade civil no decorrer da história, demonstrando-se que o Direito evolui na medida em que a sociedade lhe impõe novas demandas.

- **Pressupostos da Responsabilidade Civil**

Não há consenso na doutrina quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, sendo que a principal divergência entre os doutrinadores é a classificação e localização do elemento culpa. Maria Helena Diniz (2010, p. 36) enfatiza a polêmica:

Deveras, díspares são as conclusões dos juristas sobre os elementos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil, pois, p. ex, Marty e Raynaud apontam o ‘fato danoso’, o ‘prejuízo’ e o ‘liame entre eles’ com a ‘estrutura comum’ da responsabilidade; Savatier apresenta a culpa e a imputabilidade como seus pressupostos, Tribucchi exige o fato danoso, o dano e a antijuricidade ou culpabilidade.

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 13) entende que existem quatro pressupostos da responsabilidade civil, sendo eles a “ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente, culpa.”

Maria Helena Diniz (2010, p. 36), por sua vez, enumera apenas três pressupostos, sendo eles: a ação, o dano e o nexo de causalidade. Nesta divisão, a culpa é estudada como parte integrante do requisito “ação”, podendo haver ações fundadas na culpa e ações fundadas no risco.

Inovadora é a sistemática organizada por Fernando Noronha (2010, p. 491), o qual relaciona cinco pressupostos, ou requisitos, da responsabilidade civil: dano, cabimento no âmbito de proteção de uma norma, fato gerador, nexo de causalidade e nexo de imputação.

Adota-se como teoria de base ao presente trabalho a divisão apresentada por Maria Helena Diniz, acrescentando-se o nexo de imputação, proposto por Fernando Noronha. Deste modo, tem-se que os pressupostos são: a ação, o dano, o nexo de causalidade e o nexo de imputação. Feita esta explanação, segue-se com a análise de cada um destes requisitos, sob o entendimento de diferentes doutrinadores.

- **Ação**

Maria Helena Diniz (2010, p. 40) assim define este pressuposto:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

É importante perceber que a ação pode manifestar-se tanto através de uma ação comissiva quanto através de uma conduta omissiva.

Da definição acima decorre uma importante informação para o desenvolvimento do presente trabalho: a conduta ensejadora da responsabilidade civil pode também ser cometida por terceiros.

- **Nexo de Imputação**

Segundo Fernando Noronha (2010, p. 496), o nexo de imputação é “o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este”.

Em outras palavras, o nexo de imputação é o motivo pelo qual se atribui a determinada pessoa o dever de reparação. Em regra este motivo é a **culpa**. Todavia, há situações em que a imputação da responsabilidade decorre do **risco**.

A culpa, em se tratando de responsabilidade civil, engloba tanto os atos praticados com dolo (intenção de produzir um resultado ilícito) quanto as condutas decorrentes de negligência, imprudência ou imperícia. Portanto, quando se cogita de culpa civil, refere-se à culpa em sentido amplo, a qual abrange o dolo e a culpa em sentido restrito. Sobre o assunto, Fernando Noronha (2010, p. 496) aduz que:

Dolo e culpa são os dois graus em que a culpa, **lato sensu**, pode apresentar-se (cf. art. 186), por isso os atos ilícitos podem ser meramente culposos (se devidos a negligência, imprudência ou imperícia) ou dolosos (quando forem resultantes de voluntária opção)

Entretanto, há casos em que a responsabilidade civil é imputada ao agente sem que haja a verificação da culpa. Nestes casos o nexo de imputação é o **risco**. Nas palavras de Fernando Noronha (2010, p. 496):

[...]Quem exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios, da mesma forma que aufera os benefícios daí resultantes, também deve suportar os prejuízos, independentemente de ter ou não procedido com culpa.

Há, ainda, situações excepcionais em que a responsabilidade civil não se fundamenta nem na culpa, nem no risco. É o caso do problema proposto nesta monografia. Quando se fala em responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos do filho menor, o nexo de imputação não é a culpa, pois a responsabilidade dos pais é objetiva, ou seja, independe de culpa, conforme preleciona o art. 933 do Código Civil. Tampouco seu nexo de imputação é o risco, a não ser que se considere o fato de ter um filho uma atividade que põe em perigo outras pessoas. Talvez fosse possível falar em um risco-paternidade decorrente do direito de procriação? Enfim, estes questionamentos serão respondidos ao longo deste trabalho. Por ora, cabe afirmar que o nexo de imputação da responsabilidade civil dos pais é, na realidade, o **poder familiar**.

A responsabilidade objetiva dos pais será analisada de forma mais minuciosa no terceiro capítulo.

- **Dano**

Cavaliere Filho (2009, p. 71) traz a seguinte definição de dano:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc.

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 36), por sua vez, compreendem o dano “como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator.”

Observando-se as duas definições acima, tem-se que o dano pode ser tanto uma agressão a um bem material (dano patrimonial) quanto à personalidade da vítima (dano moral). Portanto, o pressuposto dano pode ser classificado em **dano patrimonial** ou **dano moral**, este último também chamado de extrapatrimonial.

Maria Helena Diniz (2010, p. 68) define o **dano patrimonial** nos seguintes termos:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

Quanto ao **dano moral**, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 379) traz a seguinte concepção:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos arts. 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Uma das maiores dificuldades, nos processos de responsabilidade civil, é a liquidação do dano, ou seja, a valoração do *quantum* indenizatório. Esta tarefa torna-se ainda mais complicada quando se trata de dano moral. Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 33), ao discorrer sobre a dificuldade em se estabelecer o valor da indenização por dano moral, esclarece que:

Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor mezinha da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério

objetivo do homem médio [...]Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca.

Diante desta reflexão, podemos inferir que o magistrado, no momento da liquidação do dano, deve agir com cautela para que não ocorra um enriquecimento ilícito da parte autora.

De todo o exposto neste tópico, depreende-se que o dano é um dos pressupostos mais importantes para a configuração da responsabilidade civil, uma vez que, sem a presença do dano, não há o que se reparar, por mais que o agente tenha atuado com culpa.

- **Nexo de Causalidade**

- **Conceito:**

Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 39) define o nexo de causalidade como sendo “o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano”

Maria Helena Diniz (2010, p. 111), por sua vez, traz o seguinte conceito:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

Portanto, nexo de causalidade é o elo que vincula o dano ao seu fato gerador.

É importante notar que nexo de causalidade não se confunde com o nexo de imputação, apresentado anteriormente neste trabalho. Deste modo, a fim de evitar incertezas, vejamos as diferenças entre os dois pressupostos:

- **Distinção entre nexo de causalidade e nexo de imputação**

Maria Helena Diniz (2010, p. 113), ao abordar as diferenças entre o nexo de causalidade e o nexo de imputação, aduz que:

Não há como confundir a imputabilidade com o nexo de causalidade. A imputabilidade diz respeito a elementos subjetivos e o nexo causal a elementos objetivos, consistentes na ação ou omissão do sujeito, atentatória do direito alheio, produzindo dano material ou moral.

Serpa Lopes (1995, p. 219) distingue os dois elementos da seguinte forma:

São dois pontos que não se confundem – a relação causal e a imputabilidade. Quando se cogita de imputabilidade ou da culpabilidade, temos que determinar quais as condições necessárias a que um resultado deva ser imputado subjetivamente ao seu autor, enquanto o problema do nexo causal diz respeito às condições mediante as quais o dano deve ser imputado objetivamente à ação ou omissão de uma pessoa. No primeiro caso, temos uma questão de uma “imputatio iuris”, ao passo que, na segunda, um problema de “imputatio facti”. Na “imputatio iuris” impõe-se responder ao seguinte questionário: o causador do dano deve ser também considerado dele culpado, para efeitos da responsabilidade?

Por último, Fernando Noronha (2010, p. 500) traz um exemplo prático que ilustra a diferença entre nexo de causalidade e nexo de imputação:

Assim, se alguém deixa o seu automóvel estacionado numa rua de grande cidade, não trancado e com a chave na ignição, ele certamente vai ser responsável pelos prejuízos a terceiros que sejam resultantes de acidente causado pelo ladrão que eventualmente se apossa do veículo: a conduta culposa do proprietário, que tinha a obrigação de prever a possibilidade de furto, é o nexo de imputação da responsabilidade, enquanto é ao nexo de causalidade que cabe determinar que danos podem ser considerados consequência adequada daquela conduta.

Diante do exposto, entende-se que o nexo de imputação liga a conduta ao agente (elemento subjetivo), enquanto o nexo de causalidade liga a conduta ao dano (elemento objetivo).

- **Teorias sobre o Nexo de Causalidade**

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 86), existem três teorias que explicam o nexo de causalidade, são elas: a teoria da equivalência de condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade necessária (interrupção do nexo causal). Veja-se abaixo:

- a) Teoria da Equivalência de Condições**

A teoria da equivalência de condições, adotada pelo Código Penal brasileiro, considera que “são causas de um dano todas as condições sem as quais este não se teria produzido” (NORONHA, 2010, p. 614)

Sendo assim, “esta teoria não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 86)

O grande inconveniente desta teoria é que, “por considerar causa todo o antecedente que contribua para o desfecho danoso, a cadeia causal, seguindo esta linha de intelecção, poderia levar a sua investigação ao infinito.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 87)

b) Teoria da causalidade adequada

Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 48) explica a teoria da causalidade adequada nos seguintes termos:

Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorrem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento.

Fernando Noronha (2010, p. 627) complementa afirmando que a adequação “existirá quando se puder dizer que o dano verificado é consequência normalmente previsível do fato que estiver em causa.”

Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 90) por sua vez, criticam esta teoria, afirmando que:

Se a teoria anterior [teoria da equivalência de condições] peca por excesso, admitindo-se uma ilimitada investigação da cadeia causal, esta outra, a despeito de mais restrita, apresenta o inconveniente de admitir um acentuado grau de discricionariedade do julgador, a quem incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso.

Referidos autores defendem, então, a aplicação da teoria da causalidade necessária.

c) Teoria da causalidade necessária

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 90), “causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este última como uma consequência sua, direta e imediata.”

- **A teoria adotada pelo Código Civil brasileiro**

Existe uma divergência entre os doutrinadores quanto à teoria adotada pelo Código Civil brasileiro. Esta discordância gira em torno da interpretação do artigo 403 do Código Civil, que dispõe:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 93) afirmam que o Código Civil adotou a teoria da causalidade necessária, aduzindo que “o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexo causal), na vertente da causalidade necessária”.

Já Fernando Noronha (2010, p. 635) alinha-se com a teoria da causalidade adequada, pelas seguintes razões:

[...]Parece-nos ser a causalidade adequada a teoria que, pela sua flexibilidade, faculta uma interpretação mais razoável do art.403, permitindo em especial explicar por que razão, apesar de este preceito falar em “danos (...) efeito direto e imediato”, é possível a responsabilização do agente pelos danos indiretos, que não são produzidos eles mesmos pelo fato gerador, mas em que este desencadeia outra condição, que os provoca, de acordo com o curso normal das coisas.

Apesar da divergência doutrinária apresentada, a corrente que mais angaria adeptos é a da teoria da causalidade adequada. Porém, por vezes, surgem na jurisprudência decisões utilizando a teoria da causalidade necessária.

Feita a explanação acerca dos quatro pressupostos da responsabilidade civil, passar-se-á à análise dos dois tipos de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva.

- **A responsabilidade subjetiva**

A responsabilidade subjetiva é aquela em que o nexo de imputação se dá através da **culpa**, a qual pode apresentar-se como dolo ou culpa em sentido estrito, qual seja, negligência, imprudência ou imperícia.

Fernando Noronha (2010, p. 508) constrói o seguinte conceito de responsabilidade subjetiva:

A responsabilidade subjetiva, ou culposa (também chamada de responsabilidade por atos ilícitos, ou aquiliana), é a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões dolosas (ou seja, intencionais) ou culposas (isto é, negligentes, imprudentes ou imperitas), que violem direitos alheios.

A responsabilidade subjetiva é o regime-regra da responsabilidade civil e encontra-se consolidada no artigo 186 do Código Civil brasileiro, o qual dispõe:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

- **A responsabilidade objetiva**

Fernando Noronha (2010, p. 508) conceitua a responsabilidade objetiva da seguinte maneira:

A responsabilidade civil objetiva, ou pelo risco, é obrigação de reparar danos, independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa. Ela nasce da prática de fatos meramente antijurídicos, geralmente relacionados com determinadas atividades.”

No atual Código Civil, a responsabilidade objetiva encontra-se consolidada no parágrafo único do artigo 927, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Portanto, responsabilidade objetiva é aquela em que não se analisa a existência de culpa do agente, bastando que este tenha exercido uma atividade que ponha em risco outras pessoas e que exista um nexo de causalidade unindo a ação ao dano.

É importante observar que, com advento do Código Civil de 2002, a responsabilidade objetiva também é aplicada nas situações em que há a responsabilidade indireta por ato de terceiro, sendo esta o tipo de responsabilidade que diz respeito aos genitores.

- **A responsabilidade civil por ato de terceiro**

A regra, em sede de responsabilidade civil, é de que o dever de reparação seja cobrado do próprio agente que causou o dano, ou seja, cada um responde pelos danos decorrentes de seus atos. Tal modalidade de responsabilidade civil é chamada de **responsabilidade por fato próprio** ou, ainda, **responsabilidade direta**.

Entretanto, há hipóteses em que o sujeito deverá responder pelos danos causados por ato de terceiro. Este tipo de responsabilidade se chama **responsabilidade por ato de terceiro**, também conhecida como **responsabilidade indireta** ou, ainda, **responsabilidade por fato de outrem**.

Para a configuração deste tipo de responsabilidade, Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 181) assevera que:

Para que a responsabilidade desborde do autor material do dano, alcançando alguém que não concorreu diretamente para ele, é preciso que esse alguém esteja ligado por algum vínculo jurídico ao autor do ato ilícito, de sorte a resultar-lhe, daí, um dever de guarda, vigilância ou custódia.

Para Cavalieri Filho (2009, p. 182), a responsabilidade pelo fato de outrem é na verdade uma responsabilidade por fato próprio, decorrente da violação do dever de vigilância. O autor traz a seguinte explicação:

Na realidade, a chamada responsabilidade por fato de outrem – expressão originária da doutrina francesa – é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente.

Durante a vigência do antigo Código Civil de 1916, houve muita controvérsia sobre a interpretação dos artigos que tratavam da responsabilidade indireta. Tais dispositivos eram o 1.521, 1.522 e 1.523, *in verbis*:

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.
II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.
III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522).
IV Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores.
V os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia.
Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).

Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

Da leitura dos referidos artigos, percebe-se que, na vigência do Código de 1916, a responsabilidade civil por ato de terceiro era subjetiva, cabendo à vítima provar a culpa do sujeito responsável pela vigilância ou guarda do agente causador do dano.

Entretanto, mostrou-se ser um absurdo o fato de que a própria vítima tinha que provar a culpa da pessoa que deveria ter tido o cuidado de vigiar o agente causador do dano. Para amenizar esta situação, a jurisprudência estabeleceu a **culpa presumida** para os casos do art. 1.521. Deste modo, a vítima não teria mais que provar a culpa da pessoa incumbida do dever de vigilância. Sendo assim, transferiu-se para os responsáveis o dever de provar que não agiram culposamente. Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 148) explicam que os responsáveis poderiam eximir-se da obrigação de indenizar, desde que provassem não haverem atuado com culpa.

O Código Civil de 2002, por sua vez, veio acabar com esta polêmica, colocando por terra a culpa presumida e estabelecendo a **responsabilidade objetiva**. Desta forma, não mais se fala em responsabilidade subjetiva por culpa presumida quando se trata da responsabilidade indireta. Atualmente, a responsabilidade por ato de terceiro é objetiva e encontra-se descrita nos artigos 932 e 933 do Código Civil, os quais dispõem:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Da leitura do artigo 933 infere-se que a responsabilidade civil por fato de outrem é **objetiva**, ou seja, não será indagada a culpa do indivíduo que terá que responder pelo dano causado pelo terceiro, entretanto será necessário analisar a culpa do agente causador do dano. Desta forma, percebe-se que, quando analisado um caso de responsabilidade indireta, existem dois momentos distintos: primeiro, procede-se à verificação da responsabilidade subjetiva do terceiro causador do dano. Se esta restar configurada, terá lugar a responsabilidade objetiva da pessoa vinculada juridicamente ao agente que causou o fato danoso.

Sobre esta **dualidade de responsabilidades** dentro da responsabilidade por ato de terceiro, Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 184) adverte que:

[...]Não se olvide, entretanto, que objetiva é a responsabilidade dos pais, tutor, curador e empregador; e não das pessoas pelas quais são responsáveis. Em qualquer dessas hipóteses será precisa a prova de uma situação que, em tese, em condições normais, configure a culpa do filho menor, do pupilo, do curatelado, como também do empregado [...].O dispositivo em exame deve, pois, ser interpretado no sentido de que, praticado o ato em condições de ser considerado culposos se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável, exsurge o dever de indenizar do pais, tutor, curador, empregador, etc., independentemente de qualquer culpa destes.

Das informações estudadas, percebe-se que na responsabilidade pelo fato de outrem há o concurso de duas responsabilidades, sendo uma subjetiva e a outra objetiva.

A seguir, no segundo capítulo, abordar-se-ão o poder familiar e a guarda, dois institutos fundamentais para a compreensão da responsabilidade civil dos pais.

Capítulo 2 – Os deveres dos pais fundados no poder familiar

2.1 O Poder Familiar

2.1.1 Histórico e Evolução

Segundo Maria Berenice Dias (2009, p. 382), o poder familiar “corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* – direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos”

Silvio Rodrigues (2004, p. 354), ao discorrer sobre o pátrio poder no direito romano, explica que, “de início, essa autoridade [o pátrio poder] não conhece limites, compreendendo o direito de punir, de expor, de vender o filho e mesmo o direito de matá-lo, *jus vitae et necis*”

Sobre a rigidez do *patria potestas*, Washington de Barros Monteiro (2012, p. 498) complementa que “no terreno patrimonial, o filho, como o escravo, nada possuía de próprio. Tudo quanto adquiria, adquiria para o pai, princípio que só não era verdadeiro em relação às dívidas”.

É importante salientar que, durante a Roma Antiga, não havia a ideia de maioridade, sendo que os filhos continuavam sob o *patria potestas* mesmo após contraírem matrimônio (WATSON, 1967, apud SALLER, 1986, p. 8).

Todavia, esta natureza rigorosa do pátrio poder romano foi suavizando-se com o passar do tempo, tal como ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 413):

Com o decorrer do tempo restringiram-se os poderes outorgados ao chefe de família, que não podia mais expor o filho (*jus exponendi*), matá-lo (*jus vitae et necis*) ou entregá-lo como indenização (*noxae deditio*).

Sobre as razões deste abrandamento do *patria potestas*, Washington de Barros Monteiro (2012, p. 499), citando Westermarck, comenta que:

Complexas foram as causas desse declínio [da rigorosidade do *patrias potestas*]: o desaparecimento do culto dos antepassados, o aniquilamento de certas crenças supersticiosas, além da extensão e difusão de um sentimento mais efetivo de simpatia em favor dos filhos, assim arredados da ação despótica dos pais.

Saindo da Roma Antiga e entrando na Idade Média, temos o confronto entre a rigidez do pátrio poder inspirado no direito romano com a noção mais branda de autoridade paterna do direito costumeiro dos povos germânicos (RODRIGUES, 2004, p. 355).

Já na Idade Moderna, o direito francês acolhe o pátrio poder tomando por inspiração a noção trazida pelo direito costumeiro, de orientação mais suave que a romana, tal como leciona Arnaldo Rizzardo (2009, p. 615):

Com a Revolução Francesa e mais aprofundadamente com o Código Napoleônico, adotou-se o direito costumeiro sobre a matéria, passando a dominar a temporariedade do cargo do poder familiar, o seu exercício pela mãe na falta do pai e a possibilidade de o filho ter bens.

No Brasil, o pátrio poder foi trazido importado do direito português, onde ainda predominava a noção de patriarcalismo absoluto. Esta estrutura patriarcal influenciou o Código Civil de 1916, o qual concedia exclusivamente ao marido o desempenho do pátrio poder, cabendo à mulher exercê-lo somente na falta ou impedimento do pai. Com o advento do Estatuto da Mulher

Casada (Lei 4.121/1962), o Código Civil de 1916 sofreu alteração no artigo referente ao pátrio poder, passando a ter a seguinte redação:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Percebe-se que o legislador, desta vez, procurou atenuar o teor discriminatório do instituto, permitindo que o homem exercesse o pátrio poder com a **colaboração** da mulher. Entretanto, caso houvesse discordância, a mulher teria que buscar amparo na justiça. Portanto, na prática, o pátrio poder continuava a ser desempenhado majoritariamente apenas pelo marido. De qualquer forma, esta modificação trazida pelo Estatuto da Mulher Casada representou o primeiro passo em direção à extensão do direito de exercício pleno do pátrio poder pelas mulheres.

Com o advento da Constituição de 1988, estabeleceu-se a isonomia entre homens e mulheres, estampada em seu artigo 5º, inciso I. Além disto, ficou assegurada a igualdade dentro da sociedade conjugal, conforme depreende-se de seu artigo 226, § 5º, *in verbis*:

Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Deste modo, a Constituição Federal conferiu a ambos os genitores o exercício do pátrio poder, acabando com a antiga concepção patriarcal que continuava presente na redação do Código Civil.

Alguns anos depois, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) reforçou a ideia trazida pela Constituição Federal de 1988, explicitando que o pátrio poder deveria ser desempenhado por ambos os genitores conjuntamente, consoante teor do seu art. 21:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Sobre as mudanças trazidas pelo ECA, Maria Berenice Dias (2009, p. 383) realça que:

O ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

Por último, com a vigência do Código Civil de 2002, o instituto do pátrio poder mudou de nome, passando a chamar-se **poder familiar**, refletindo, assim, a quebra do paradigma patriarcal, tal como se observa em seu art. 1.631:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Desta forma, ao revogar a antiga redação discriminatória que constava do Código Civil de 1916, o novo Código Civil adaptou-se à noção de igualdade entre homens e mulheres e alinhou-se à concepção isonômica de poder familiar, a qual já existia no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, a mudança na denominação, de pátrio poder para poder familiar, não foi recebida com entusiasmo por todos, tendo em vista que não substituiu a palavra “*poder*”, vocábulo que ainda passa uma ideia de supremacia e dá ênfase ao direitos dos pais sobre os filhos, sem refletir os diversos deveres que os genitores têm para com os seus rebentos.

Acerca destas questões terminológicas, Paulo Luiz Netto Lôbo, citado por Carlos Roberto Gonçalves, defende a utilização da expressão “*autoridade parental*” ao invés de “*poder familiar*”, aduzindo que:

Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder. (LÔBO, Código Civil Comentado, v. XVI, p. 187-188 apud GONÇALVES, 2012, p. 413)

Desta forma, assevera-se que a denominação ideal para designar o poder familiar é a expressão “*autoridade parental*”.

Pelo breve resumo histórico do instituto, pondera-se que o poder familiar evoluiu de uma noção altamente machista e rigorosa, baseada na ideia do homem como único chefe de família e detentor de direitos sobre os filhos, para uma concepção mais branda e consentânea com a

sociedade atual, permitindo que a mulher também exerça este poder e enfatizando a necessidade de atender-se ao melhor interesse dos filhos.

2.1.2 Conceito e características

Segundo Silvio Rodrigues (2004, p. 356), “o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes.”

Nesse contexto, o poder familiar é uma função imposta pelo Estado aos pais, uma espécie de delegação conferida pela sociedade e pelo Estado, para que os genitores eduquem e criem seus filhos de forma a garantir-lhes uma vida digna e torná-los aptos à fase adulta. Por se tratar de um múnus público, o Estado pode intervir no exercício do poder familiar, a fim de evitar possíveis excessos por partes dos pais durante o desempenho desta autoridade.

Sobre as suas características, Maria Berenice Dias (2009, p. 384) explica que “o poder familiar decorre tanto da paternidade natural, como da filiação legal, e é **irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível**. As obrigações que dele fluem são **personalíssimas**.”

Quanto à irrenunciabilidade, Arnaldo Rizzardo (2009, p. 616) adverte que “na prática, porém, há um caso em que os pais renunciam diretamente ao poder familiar, previsto no art. 166 da Lei n. 8.069/90 e relativo à adesão direto deles na adoção.”

O Código Civil disciplina o poder familiar em seu artigo 1.634, apresentando o rol de direitos e deveres decorrentes do poder familiar, nos seguintes termos:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O inciso I deste artigo, ao determinar que aos pais incumbe dirigir a criação e educação dos filhos, revela o **caráter social** do poder familiar. O dever de dirigir a educação, aqui, não se restringe aos ensinamentos recebidos em casa, alusivos a valores morais e humanos, mas estende-se

à educação escolar, devendo os pais matricular os filhos em instituição de ensino e, se houver interesse e poder econômico, matriculá-los em outros cursos de formação, a exemplo dos de línguas estrangeiras, visando a proporcionar-lhes uma formação mais completa. Portanto, o Estado dá aos genitores a incumbência de cuidar da educação e formação dos filhos, com o escopo de que estes, no futuro, tornem-se úteis para a **sociedade**. Eis aí o caráter social do poder familiar.

Maria Berenice Dias, ao analisar o rol das competências decorrentes do poder familiar (art 1.634), chama a atenção para o fato de não terem sido arrolados deveres relacionados com a **afetividade**. A autora destaca que:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. (2009, p. 388)

É interessante observar que, embora o afeto não tenha sido arrolado como dever de ambos os genitores no capítulo sobre o poder familiar, o legislador cobra a afetividade do genitor guardião no capítulo que trata acerca da definição da guarda, em seu art. 1.583, § 2º, I, o qual dispõe que:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

[...]

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – **afeto** nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (**grifo nosso**)

Este inciso que versa sobre o afeto foi incluído pela Lei n. 11.698 de 2008. A redação original de 2002 não continha este dispositivo, o que mostra que o legislador, com o passar dos anos, vem repensando o direito de família, acolhendo novas concepções e percebendo a importância de determinados valores humanos, tais qual a afetividade. Entretanto, o legislador pecou por não ter incluído o afeto também no rol dos deveres oriundos do poder familiar, dando a falsa impressão de que somente o genitor que detém a guarda é que tem o dever de dar amor e carinho aos filhos.

Todavia, embora o afeto não esteja relacionado entre os deveres do art. 1.634, o dever de dar afeto já está sendo cobrado pela jurisprudência pátria, a qual tem confirmado a possibilidade de responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo, refletindo uma nova fase na justiça brasileira: a humanização das decisões judiciais.

Além de não ter contemplado os deveres decorrentes da afetividade, podemos perceber que o rol do art. 1.634 não se pronunciou sobre os deveres incumbidos aos genitores pela Constituição Federal em seu artigo 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além da Constituição Federal, o poder familiar também está configurado no Estatuto da Criança e do Adolescente, onde pode ser encontrado em duas passagens: na parte em que dispõe sobre a convivência familiar e comunitária (arts. 21 a 24) e no capítulo em que trata acerca dos procedimentos relativos à perda e à suspensão do poder familiar (arts. 155 a 163). Sob essa óptica, tem-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente institui regras próprias de procedimento, uma vez que o Código Civil a elas não se refere e a legislação processual é apenas complementar.

Pode-se, pois, afirmar que o conteúdo do poder familiar não se restringe àquele apresentado no Código Civil, mas soma-se às disposições contidas na Carta Magna e em outros diplomas legais que abordem direitos e deveres inerentes ao poder familiar, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Além destas fontes, o conteúdo do poder familiar também é encontrado na jurisprudência, sendo esta a fonte na qual a matéria dos deveres parentais tem tido seu maior avanço, a exemplo do recente caso em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de dano moral decorrente do abandono afetivo dos pais.

Ao desempenharem o poder familiar, os genitores não devem se limitar a obedecer às normas constantes do Código Civil, uma vez que este é omissivo quanto a alguns aspectos do instituto. Os pais devem, então, exercer seus deveres e direitos parentais tomando por base a totalidade do ordenamento jurídico.

Por fim, embora a titularidade seja dos pais, o poder familiar é encarado como um direito que pertence aos filhos, devendo ser exercido no melhor interesse destes, e não como um direito em proveito dos genitores.

2.1.3 Suspensão e Perda do Poder Familiar

O perfeito desenvolvimento dos filhos é fundamental para uma nação, visto que as crianças de hoje serão os adultos de amanhã, e a formação que eles receberam dos genitores refletirá no tipo de sociedade do futuro. Eis aí a grande importância da instituição familiar, sendo ela a célula mater do Estado. Dela dependem a ordem social, a existência de um povo sadio e, conseqüentemente, o progresso do país.

Tendo-se em vista a importância que o correto desempenho do poder familiar tem para a sociedade, o Estado sente-se legitimado a intervir no seu exercício, adentrando no seio familiar, com o intuito de defender os interesses dos menores que ali se desenvolvem.

As formas de intervenção do Estado no poder familiar são a sua suspensão e até mesmo a perda. Salienta-se que a intenção do Estado, ao retirar a autoridade dos pais, não é puni-los, mas sim preservar a integridade física e psíquica dos filhos.

2.1.3.1 Suspensão do poder familiar

A suspensão do poder familiar representa medida menos grave, e suas hipóteses estão relacionadas no art. 1.637 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Arnaldo Rizzardo (2009, p. 625) assevera que as hipóteses de suspensão não se limitam às arroladas neste artigo, gozando o juiz de arbítrio para determinar outras situações que possam ensejar a suspensão. O autor traz a seguinte relação de outras possíveis causas de suspensão: interdição de algum dos pais, embriaguez habitual, vício em drogas, prática de crimes contra o patrimônio, maus costumes e desemprego contumaz e voluntário.

Maria Berenice Dias (2009, p. 394), por sua vez, critica o parágrafo único do art. 1.637, o qual estabelece a suspensão do poder familiar nos casos em que o pai ou a mãe sejam condenados à pena que exceda a dois anos de prisão. A autora aduz que:

Tal apenação não implica, necessariamente, em privação de liberdade em regime fechado ou semi-aberto, porquanto a lei penal prevê o cumprimento da penal igual ou inferior a 4

anos em regime aberto (CP 33, § 2º, c), sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direitos (CP 44). Ao depois, existem creches nas penitenciárias femininas, e as mães ficam com os filhos em sua companhia, ao menos enquanto forem de tenra idade.

A discussão levantada pela doutrinadora gera certa polêmica, uma vez que, se o genitor foi condenado por ter cometido um crime, bom exemplo para o filho ele não é. Entretanto, a condenação não significa necessariamente que o genitor seja um pai ou mãe ruim, devendo-se, portanto, verificar no caso concreto o melhor interesse da criança.

A suspensão pode tanto ser decretada sobre a totalidade do conteúdo do poder familiar, quanto apenas sobre algumas de suas prerrogativas. É o caso, por exemplo, do pai que cuida mal do patrimônio dos filhos, mas educa-os com muita proficiência. Neste caso é possível afastar o genitor apenas da administração dos bens, permanecendo ele com as demais competências decorrentes do poder familiar (DIAS, 2009; RODRIGUES, 2004).

2.1.3.2 Perda do Poder Familiar

A perda do poder familiar ocorre nos casos mais graves de infrigência dos deveres paternais. O art. 1.638 do Código Civil relaciona as seguintes hipóteses:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A hipótese do inciso I, que versa sobre a aplicação de castigos imoderados aos filhos, gera opiniões divergentes entre os doutrinadores. Há aqueles, como Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias, que criticam a expressão “imoderadamente”, aduzindo que o Código Civil, ao proibir os castigos “imoderados”, implicitamente permite os castigos “moderados”. Compartilhando desta linha de pensamento, Paulo Lôbo (2011, p. 309) entende que aos pais não é permitido castigar os filhos, mesmo que moderadamente, aduzindo que:

Sob o ponto de vista estritamente constitucional não há fundamento jurídico para o castigo físico ou psíquico, ainda que “moderado”, pois não deixa de consistir violência à integridade física do filho, que é direito fundamental inviolável da pessoa humana, também oponível aos pais.

Por outro lado, há doutrinadores, tais quais Sílvia Rodrigues e Arnaldo Rizzardo, que entendem que é permitido a aplicação de castigos que visem a educar os filhos, desde que estes castigos não sejam excessivos. Sobre o assunto, Arnaldo Rizzardo (2009, p. 626) faz a seguinte interpretação:

A própria educação requer certa rigidez na condução do procedimento do filho, que não possui maturidade para medir as consequências de seus atos, fato normal e próprio da idade infantil e juvenil. Em muitas ocasiões, somente se consegue um padrão médio de comportamento se imposta uma disciplina mais forte.

Logo em seguida, o autor explica que, embora os pais possam utilizar-se de atitudes corretivas, “o *animus corrigendi* não pode ultrapassar as justas medidas exigidas para a situação de infração, não se permitindo excessos e nem meios inapropriados” e assevera que “a lei tolera os castigos comedidos e sentados [...] e condena as explosões da cólera e da violência.”(RIZZARDO, 2009, p. 626).

Voltando à análise do rol de situações que ensejam a perda, relacionadas no art. 1638, o inciso II traz a hipótese do abandono do filho. Aqui não se trata apenas de abandono físico do genitor, mas também de hipóteses em que os pais não proporcionam aos filhos a devida assistência econômica e alimentar. Entretanto, este inciso deve ser interpretado em consonância com o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual dispõe que:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

As dificuldades econômicas da família não podem ser tomadas como causa para a decretação da perda do poder familiar, principalmente porque, na maioria das vezes, a família é pobre não por culpa dos seus membros, mas sim por causa do próprio modelo de sociedade em que vivemos. O Estado é quem deveria proporcionar os meios para que todos os cidadãos pudessem ter uma vida digna, viabilizando o exercício do poder familiar em toda sua plenitude.

Nestes casos em que os pais não têm as condições financeiras para sustentar os filhos, o ideal é tentar resolver o problema através de outras soluções, como os programas de assistência social, ou mesmo a transferência da guarda dos filhos para alguém que tenha condições de mantê-los.

No entanto, quando a situação de carência for decorrente da própria falta de empenho dos genitores em conseguir recursos para melhorar de vida, a perda do poder familiar poderá ser decretada.

Ainda quanto ao exame do rol do art. 1.638, tem-se no inciso III a situação de perda do poder familiar devido à prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. Neste ponto, pode-se enxergar a preocupação do legislador com a formação da personalidade dos filhos, uma vez que estes, enquanto menores, são facilmente influenciados pelo comportamento e opiniões daqueles que os rodeiam.

Por conseguinte, a lei reclama que os genitores mantenham, perante os olhos dos filhos, uma conduta digna e honrosa. Deste modo, os viciados em drogas e os alcoólatras também podem ser incluídos na hipótese do inciso III, tendo-se em vista que suas condutas são contrárias à moral e aos bons costumes.

O inciso IV, por sua vez, determina que o genitor que reincidir nas faltas puníveis com suspensão sofrerá a perda do poder familiar. Trata-se de disposição que propõe-se a desencorajar a repetição das infrações cometidas pelos pais.

Além destas hipóteses previstas no Código Civil, existe previsão de perda do poder familiar no Código Penal, em seu art. 92, II, o qual preceitua que:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

[...]

*II - a incapacidade para o exercício do **pátrio poder**, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado.*
(grifo nosso)

Com relação aos alimentos, a perda do poder familiar não exonera o genitor do pagamento de prestação alimentícia. Sobre este assunto, Maria Paula Gouvêa Galhardo, citada por Maria Berenice Dias, afirma que:

Não está revogado o art. 45, § único, do Código de Menores (L. 6.697/79), que diz que a perda ou a suspensão do pátrio poder não exonera os pais do dever de sustentar os filhos. Mesmo que não esteja reproduzido no ECA, eles não conflitam, guardando consonância com o princípio da proteção integral.(GALHARDO, 2003, apud DIAS, 2009, p. 393)

A jurisprudência tem confirmado este entendimento, conforme decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, citada por Arnaldo Rizzardo (2009, p. 629):

Alimentos. Ação aforada pelo avô em favor da menor sob sua guarda. Mesmo que tenha sido alvo de suspensão ou perda do pátrio poder, é dever do pai manter a subsistência da filha. Prestação alimentar fixada com razoabilidade, atenta à necessidade da menor e às possibilidades do alimentante. (Revista de Jurisprudência do TJ do RS, 137/147)

De fato, não faria sentido que o genitor destituído do poder familiar fosse exonerado do dever de prestar alimentos. Se a justiça admitisse tal vantagem, estaríamos privilegiando o comportamento faltoso dos pais.

Embora não esteja previsto no Código Civil, a perda do poder familiar pode ser **revogada**. Este é o entendimento que vem sendo construído pela doutrina:

A perda do poder familiar não deve implicar a extinção no sentido de afastamento definitivo ou impossibilidade permanente. De qualquer forma, como o princípio da proteção integral dos interesses da criança deve ser, por imperativo constitucional, o norte, parece que a regra de se ter por extinto o poder familiar em toda e qualquer hipótese de perda não é a que melhor atende aos interesses do menor.(GOMES, 1987, p. 293; COMEL, 2003, p. 296, apud DIAS, 2009, p. 395)

Até aqui, falou-se do direito material. No que concerne ao processo, as regras dos procedimentos de suspensão e perda do poder familiar não são encontradas no Código Civil. Elas estão previstas arts. 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Saindo da esfera das consequências civis, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) traz a punição criminal para os genitores que cometerem abuso do poder familiar, tal como encontra-se tipificado em seu art. 232, *in verbis*:

Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento:

Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Assim, vimos neste tópico o panorama das hipóteses em que pode se dar a ocorrência de suspensão ou perda do poder familiar, além da punição criminal. Quando acontece qualquer um destes casos, é sempre recomendável que haja a aplicação de medidas protetivas de acompanhamento, tal como preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de que os danos psicológicos sejam amenizados, tanto em relação aos filhos, quanto aos pais.

2.1.4 Extinção do Poder Familiar

A extinção do poder familiar não se confunde com a perda, pois a primeira decorre de causas “naturais” que não tomam por base o comportamento dos pais, enquanto a perda representa uma sanção imposta pelo Estado aos genitores por conta de suas condutas faltosas.

As hipóteses de extinção do poder familiar são encontradas no art. 1.635 do Código Civil, o qual dispõe que:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Este rol dispensa maiores explicações, tendo-se em vista que as hipóteses são bem claras. Cabe apenas uma observação: o inciso V refere-se, na realidade, à perda do poder familiar, uma vez que o artigo 1.638, citado neste inciso, enumera as causas da perda. Trata-se apenas de uma imprecisão do código, ao usar indistintamente os dois termos.

2.2 Guarda

A guarda é um dos elementos do poder familiar, conforme demonstra o art. 1.634, II do Código Civil, e “consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho.”(LÔBO, 2011, p. 190).

Para Pontes de Miranda (1981, p. 94-101), guarda “é sustentar, é dar alimento, roupa e, quando necessário, recursos médicos e terapêuticos; guardar significa acolher em casa, sob vigilância e amparo; educar consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar.”

Mário Aguiar Moura (1980, p. 15), por sua vez, entende que a guarda, “em sentido jurídico, representa a convivência efetiva dos pais ou responsável com o menor, sob o mesmo teto, com o dever de assistência material, para sobrevivência física e moral, para o desenvolvimento psíquico.”

Antigamente, durante a vigência do Código Civil de 1916, discutia-se a culpa da dissolução da sociedade conjugal, de modo que a guarda das crianças era deferida ao cônjuge que fosse considerado inocente. Caso ambos os cônjuges fossem considerados culpados pela separação,

a guarda dos filhos ficaria com a mãe, em flagrante desfavorecimento do genitor. O juiz só poderia se afastar destas disposições em caso de circunstâncias muito graves que justificassem tal decisão.

Esta situação só foi modificada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o qual extinguiu a discussão da culpabilidade para fins de outorga de guarda de menor, e eliminou as disposições que favoreciam a mulher no momento da escolha do guardião. Estas mudanças harmonizaram o Código Civil aos ideais proclamados pela Constituição Federal, a qual já havia cristalizado o princípio da igualdade entre homens e mulheres em seu artigo 5º, I, reforçado pelo princípio da igualdade conjugal, constante do artigo 226, § 5º. Tais alterações também vieram para alinhar o Código Civil com o princípio do melhor interesse da criança, também de índole constitucional.

Entretanto, a modificação mais importante só veio acontecer em 2008, quando da entrada em vigor da Lei 11.698/2008, a qual modificou a redação de diversos artigos do capítulo sobre a guarda, introduzindo uma nova modalidade de exercício do instituto: a guarda compartilhada, a qual cuidaremos de explicá-la mais adiante.

A guarda dos filhos, a princípio, pertence aos pais. Entretanto, se o juiz detectar que os filhos não devem permanecer sob o poder de nenhum dos genitores, e havendo motivos graves, pode o magistrado deferir a guarda para um terceiro. É o que preceitua o parágrafo 5º do artigo 1.584 do Código Civil, nestes termos:

§ 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Do parágrafo citado, pode-se perceber que, ao contrário do que se constatou nos artigos concernentes ao poder familiar, aqui o legislador preocupou-se com as questões relativas à afetividade, mostrando que o direito civil evolui e humaniza-se.

Feitas essas considerações, examina-se, a seguir, as diferentes modalidades de guarda.

2.2.1 Modalidades de Guarda:

Antes de analisar as diferentes formas de exercício da guarda, faz-se relevante esclarecer dois conceitos comumente utilizados no tratamento deste assunto: a guarda jurídica e a guarda física ou material.

A guarda física corresponde àquela em que o filho convive com o genitor diariamente, sob o mesmo teto. Aquele que detém a guarda física exerce a custódia do filho e o tem sob sua posse. Na guarda compartilhada, a ser examinada adiante, a residência do menor poderá ser fixada na casa de um dos guardiões. Ainda assim, o outro guardião continuará exercendo sua guarda física através da participação ativa no cotidiano do filho, acompanhando seu dia-a-dia, interagindo frequentemente.

A guarda jurídica, por sua vez, representa o direito de dirigir a criação e educação dos filhos, decidindo todas as questões de interesse superior dele. Portanto, a guarda jurídica corresponde ao exercício de todas as prerrogativas oriundas do poder familiar, excetuando-se o direito de ter o filho em sua companhia e morando em sua residência. O genitor guardião detém tanto a guarda física quanto a jurídica, enquanto o não-guardião possui apenas a guarda jurídica, restando-lhe também o direito de visitas.

Deste modo, visualiza-se que a guarda jurídica é, na verdade, o próprio poder familiar, subtraindo-lhe apenas o direito de ter o menor em sua companhia. É, portanto, uma espécie de poder familiar “reduzido”, pois o genitor que não detém a guarda não perde o poder familiar, apenas tem sua extensão diminuída, enquanto o detentor exerce o poder em toda sua plenitude. Mais adiante voltaremos a discorrer sobre as relações entre poder familiar e guarda.

Feita a distinção entre guarda jurídica e guarda física, estudar-se-á as duas principais modalidades de exercício da guarda, quais sejam: a guarda unilateral e a guarda compartilhada.

2.2.1.1 Guarda unilateral:

Também chamada de guarda exclusiva, esta modalidade tem lugar quando apenas um dos genitores exerce a custódia do filho. O artigo 1.583, § 2º, do Código Civil, traz as regras acerca da escolha do guardião exclusivo:

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

Da leitura do artigo depreende-se que ao genitor não-guardião incumbe o dever de fiscalizar o exercício da guarda. Além disso, cabe ressaltar que o genitor não-guardião permanece com o poder familiar, o qual não se extingue por conta da guarda unilateral, apenas perde um de seus elementos: a guarda de fato, ou seja, a posse do menor. É dizer: o guardião terá a guarda física e jurídica, enquanto o não-guardião terá apenas a guarda jurídica, que, como vimos anteriormente, equivale ao poder familiar menos a guarda material.

Além do dever de fiscalização, ao pai é assegurado o direito de visitas, conforme preceitua o artigo 1.589 do Código Civil:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Sobre o direito de visitas, Denise Duarte Bruno, citada por Maria Berenice Dias, explica a dimensão e importância desta garantia:

A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe, é direito do **próprio filho** de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno-filial. Talvez o melhor seria o uso da expressão **direito de convivência**, pois é isso que deve ser conservado mesmo quando pai e filho não vivem sob o mesmo teto. Não se pode ouvidar suas necessidades psíquicas. Consagrado o princípio da proteção integral, em vez de regulamentar as visitas, é necessário estabelecer formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor.(BRUNO, 2003, p. 323, apud DIAS, 2009, p. 405)

A crítica que se faz a esta modalidade de guarda é que ela acaba afastando o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois “a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.” (CANEZIN, 2005, p. 24, apud DIAS, 2009, p. 404).

2.2.1.2 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada ou conjunta consiste no exercício simultâneo da guarda pelos pais, de modo a garantir que ambos os genitores convivam e participem igualmente da vida dos filhos.

A Lei 11.698/2008, ao modificar os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, introduziu em nosso ordenamento jurídico este novo modelo de guarda, cujo conceito legal encontra-se no final do § 1º do artigo 1.583, o qual dispõe que:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por **guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.** (grifos nossos)

Antes mesmo da vigência dessa lei, a jurisprudência e a doutrina já vinham mencionando a guarda compartilhada, afirmando que não havia proibição legal quanto à sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro (GONÇALVES, 2012, p. 294).

Na guarda compartilhada, a residência do menor poderá ser fixada tanto na casa de um dos pais quanto na casa de ambos simultaneamente. Neste último caso, pode-se optar em deixar que o menor circule livremente pelos dois lares, ou estipular um regime de alternância de residência. Deste modo, o filho terá dois domicílios, o que é permitido em lei, conforme preceitua o art. 71 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 71. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residências, onde, alternadamente, viva, considerar-se-á domicílio seu qualquer delas.

Sobre este assunto, Maria Berenice Dias (2009, p. 403) privilegia a opção pela dupla residência, alertando sobre os perigos da fixação do domicílio do filho com um dos pais:

Assim, há a possibilidade de ficar definida a **residência do filho** com um dos pais. Porém, é de se ter cuidado para que essa fixação não desvirtue o instituto, restando o genitor, cujo lar serve de abrigo ao filho, com a sensação de que ganhou a disputa, e o filho, de que ele é o seu [único] guardião. Desse modo, não regulamentadas as visitas, acaba a convivência à mercê da vontade de quem está com o filho em sua companhia.

Paulo Lôbo (2011, p. 200), por outro lado, enfatiza a importância da definição de uma única residência para o menor:

Na guarda compartilhada é definida a residência de um dos pais, onde viverá ou permanecerá. Essa providência é importante, para garantir-lhe a referência de um lar, para suas relações de vida, ainda que tenha liberdade de frequentar a do outro; ou mesmo viver alternadamente em uma e outra. A experiência tem demonstrado que a perda de referência da residência, para si mesmo e para os outros, compromete a estabilidade emocional do filho.

Para elucidar esta questão, a decisão do STJ no Recurso Especial Nº 1.251.000/MG, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, confirmou a importância da alternância de residência para o instituto da guarda compartilhada:

[...]É precisa a ideia de que **a guarda compartilhada inclui não só a custódia legal, mas também a custódia física**, tanto por não haver restrições, no texto de lei quanto ao exercício do Poder Familiar na guarda compartilhada, quanto pela inviabilidade de se compartilhar apenas a custódia legal da criança.

Para essa situação, não haveria a necessidade de se inovar a legislação, pois **a guarda unilateral já existente separa a custódia física – exercida por apenas um dos pais – da custódia legal**, que já era, sob o regime anterior, ao menos em tese, compartilhada.

Na verdade, **a força transformadora dessa inovação legal está justamente no compartilhamento da custódia física**, por meio da qual ambos os pais interferem no cotidiano do filho.

[...]A ausência de compartilhamento da custódia física esvazia o processo, dando à criança visão unilateral da vida, dos valores aplicáveis, das regras de conduta e todas as demais facetas do aprendizado social.

Dessa forma, a custódia física não é um elemento importante na guarda compartilhada, mas a **própria essência do comando legal**, que deverá ser implementada nos limites possíveis permitidos pelas circunstâncias fáticas. (Resp 1.251.000/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23-8-2011) (grifos nossos)

A Ministra utiliza os termos *custódia física* e *custódia jurídica* para referir-se à guarda física e à guarda jurídica, respectivamente. Como vimos anteriormente, a guarda física corresponde à posse do menor, ou seja, aquele que detém a guarda física é o que tem o direito de ter o filho residindo consigo. Há o entendimento de que a guarda física também pode se perfectibilizar sem que o menor resida com o genitor. Neste caso a guarda física se dá através da participação de forma frequente no cotidiano da criança. Entretanto, esta não é a melhor maneira de interpretar o instituto, uma vez que, mesmo na guarda exclusiva, o genitor que não detém a guarda pode participar do dia-a-dia da criança, através das prerrogativas do poder familiar. Assim, entendo que a guarda física deve resumir-se ao significado de residência com o genitor, sob o mesmo teto.

Ainda, ao afirmar que o compartilhamento da guarda física é a própria essência do instituto, a Ministra traz à tona a importância da existência de duplicidade de domicílio para a caracterização da guarda compartilhada, uma vez que, quando não há a alternância ou, ao menos, o trânsito livre entre as residências dos pais, a guarda compartilhada acaba se tornando, na prática, uma guarda unilateral, onde só um dos genitores detém a guarda física e o outro continua exercendo os demais direitos e deveres do poder familiar. Se esta fosse a intenção do legislador, não haveria necessidade de introduzir as inovações da lei 11.698/2008, pois a guarda unilateral já desempenhava este papel.

Sendo assim, este julgado vem revelar a fragilidade daquelas “guardas compartilhadas” em que a guarda física é conferida a apenas um dos genitores. Na prática, este tipo de guarda não passa de guarda unilateral travestida de guarda compartilhada.

Portanto, este acórdão deve ser encarado como um julgado paradigma, eis que traz a importante noção de que, para haver efetiva guarda compartilhada, o filho deve ter dois lares, habitando as residências de ambos os genitores, de modo que consiga vivenciar as realidades materna e paterna, construindo assim sua personalidade e percepção do mundo.

Por conseguinte, na guarda compartilhada em que os pais exercem a guarda física de forma conjunta, ambos os genitores exercem o poder familiar em toda sua plenitude, uma vez que possuem tanto a guarda jurídica quanto a material.

Encontra-se tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei de nº 1009/2011, o qual tem o objetivo de reformular os artigos referentes à guarda compartilhada, visando trazer melhor clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação do instituto, resgatando a noção de que a guarda compartilhada implica em divisão equânime do tempo de custódia física exercida pelos pais, permitindo que o filho tenha contato com os lares materno e paterno, inclusive através de alternância de residência.

2.3 Relações entre poder familiar e guarda

A separação, o divórcio e a dissolução da união estável não interferem no poder familiar em relação aos filhos. É o que se infere do artigo 1.632 do Código Civil, o qual dispõe que:

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Nessa esteira, o Código Civil assegura a ambos os pais a titularidade do poder familiar, mesmo após a ruptura da relação conjugal. Sendo assim, o deferimento de guarda exclusiva a um dos genitores não retira o poder familiar do outro. É o que preleciona Paulo Lôbo (2011, p. 301), o qual afirma que:

Ainda que a guarda esteja sob a detenção de um, o poder familiar continua sob a titularidade de ambos os pais. O que não detém a guarda tem direito não apenas a visita ao filho, mas a compartilhar das decisões fundamentais que lhe dizem respeito.

Assim, ao genitor que não detém a guarda é assegurado o exercício de todos os direitos e deveres advindos do poder familiar, exceto a custódia dos filhos. É dizer: o seu poder familiar continuará intacto, com a única diferença de que não poderá conviver com os filhos sob o mesmo teto todos os dias. Ainda assim, o pai ou a mãe que não for guardião poderá visitar os filhos e tê-los em sua companhia, além de exercer a fiscalização de sua manutenção e educação, conforme preceitua o art. 1.589 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

De todo o exposto, visualiza-se que o instituto da guarda faz parte do poder familiar, mas não é um requisito obrigatório para que o genitor possa exercer este poder. Sendo assim, podemos perceber que a guarda é apenas um dos diversos aspectos inerentes ao poder familiar. Neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2009, p. 277) afirma que “o pátrio poder, hoje denominado poder familiar, gera um complexo de direitos e deveres, sendo a guarda um de seus elementos”. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 416), por sua vez, compartilha da mesma ideia, aduzindo que a guarda “representa uma pequena parcela desse poder”.

Maria Berenice Dias (2009, p. 387), ao discorrer sobre o poder familiar do genitor não-guardião, explica que há uma escala de intensidade de seu exercício:

Não ocorre limitação à titularidade do encargo [poder familiar], apenas restrição ao seu exercício, que dispõe de graduação de intensidade. Como o poder familiar é um complexo de direitos e deveres, a convivência dos pais não é requisito para a sua titularidade.

A Ministra Nancy Andrighi, por sua vez, alerta sobre a confusão que existe entre guarda e poder familiar:

A errônea consciência coletiva que confundia guarda com o Poder Familiar, atribuindo a quem detinha a guarda o exercício uno do Poder Familiar, teve como consequência mais visível o fenômeno denominado *Sunday dads* – pais de domingo. Nessa circunstância, o genitor que não detém a guarda – usualmente o pai – tende a não exercer os demais atributos do Poder Familiar, distanciando-se de sua prole e privando-a de importante referencial para a sua formação. (Resp 1.251.000/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23-8-2011)

O excerto revela que muitas pessoas confundem o instituto da guarda com o poder familiar. Elas acreditam que na guarda unilateral o não-guardião deve limitar-se a ver o filho somente nas datas estipuladas para as visitas. Entretanto, o não-guardião pode participar e intervir

na vida do filho quando bem entender, pois a guarda exclusiva concedida a um genitor não retira o poder familiar do outro. Se a intenção do juiz fosse restringir o direito de convivência do genitor com o filho, teria decretado a perda do poder familiar. Portanto, é perceptível a semelhança entre a guarda exclusiva e a guarda compartilhada com guarda física concentrada em um dos guardiões. Na prática, ambas são a mesma coisa, visto que aquele que não detém a guarda física poderá continuar intervindo na vida dos filhos. A guarda física é apenas a custódia, a posse, representa o lugar onde o filho residirá, não impedindo que o outro também participe da vida do menor.

Ainda sobre o assunto, Marco Aurélio S. Viana (1993, p. 38) discorre sobre a possibilidade de deferimento de guarda a terceiros:

A guarda não é da essência, mas da natureza do poder familiar, podendo ser confiada a terceiro. É direito que admite desmembramento, é destavável, sendo possível que convivam pátrio poder e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiro.

Importante salientar que até mesmo a guarda compartilhada pode ser deferida a terceiros, tal como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial de n. 1147138/SP, o qual confirmou a possibilidade de guarda compartilhada entre avó e tio:

CIVIL E PROCESSUAL. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR POR TIO E AVÓ PATERNOS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. SITUAÇÃO QUE MELHOR ATENDE AO INTERESSE DA CRIANÇA. SITUAÇÃO FÁTICA JÁ EXISTENTE. CONCORDÂNCIA DA CRIANÇA E SEUS GENITORES. PARECER FAVORÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A peculiaridade da situação dos autos, que retrata a longa co-habitação do menor com a avó e o tio paternos, desde os quatro meses de idade, os bons cuidados àquele dispensados, e a anuência dos genitores quanto à pretensão dos recorrentes, também endossada pelo Ministério Público Estadual, é recomendável, em benefício da criança, a concessão da guarda compartilhada.

II. Recurso especial conhecido e provido

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1147138/SP, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 11-5-2010)

Assim, nas situações em que a guarda compartilhada é exercida por terceiros, os pais continuam com o poder familiar, podendo intervir na vida dos filhos, exceto quando a justiça decreta, por razões graves, a perda deste poder.

Capítulo 3: A responsabilidade civil dos pais separados pelos danos causados por filho menor

3.1 A responsabilidade civil dos pais e a hermenêutica do art. 932, inciso I, do Código Civil

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil dos pais por ato ilícito de filho menor está prevista no artigo 932, I do Código Civil, que dispõe:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Trata-se de responsabilidade civil indireta por ato de terceiro. Tal responsabilidade é objetiva, conforme prevê o artigo 933 do mesmo diploma legal:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Antigamente, na vigência do Código de 1916, os pais poderiam eximir-se da responsabilidade civil caso comprovassem que não agiram com culpa para que o dano ocorresse. Havia, portanto, uma presunção de culpa “*in vigilando*”. Atualmente, após o novo Código Civil, não existe mais a ideia de *culpa presumida*, uma vez que o legislador transformou a responsabilidade dos pais em responsabilidade objetiva.

Cabe lembrar que a existência da responsabilidade objetiva dos pais depende, primeiramente, da presença de nexo causal entre a conduta do menor e o dano. Se não houver este nexo de causalidade, ou seja, se o filho não tiver produzido o dano, a responsabilidade dos pais nem chega a existir.

Sendo objetiva a responsabilidade, os pais que desejarem exonerar-se do dever de reparação não poderão mais alegar sua falta de culpa. A partir do Código de 2002, a única maneira de evitar a responsabilidade civil é comprovando que o genitor não se enquadra na hipótese do art. 932, I, ou seja, que o filho não estava *sob sua autoridade e em sua companhia*.

Quando os pais estão casados, a responsabilidade civil será sempre dos dois, quanto a isso não há maiores dúvidas, eis que ambos exercem o poder familiar em sua forma plena. O grande problema surge quando os pais encontram-se separados, pois haverá situações em que um dos genitores deterá a guarda física do menor, exercendo um poder familiar integral, enquanto o outro restará apenas com a guarda jurídica, exercendo um poder familiar reduzido. Pondera-se, ainda, situações de guarda compartilhada, em que ambos os pais, em tese, exercem a custódia física do menor.

A fim de resolver as dúvidas que surgem quanto à responsabilidade civil dos pais separados, necessita-se interpretar o art. 932, inciso I, uma vez que este dispositivo é a chave para a verificação de quem deverá ser responsabilizado. Indispensável, então, a utilização da hermenêutica jurídica, a fim de extrair da norma o seu significado.

Se utilizada uma interpretação literal, a expressão “*sob sua autoridade e em sua companhia*” resultará na responsabilidade tão somente daquele genitor que estava com a criança no momento em que o dano aconteceu. Em uma situação na qual o dano ocorreu quando o menor estava com o pai não-guardião em exercício do direito de visitas, somente este terá que reparar o

dano, eis que o filho estava em *sua companhia*. A partir dessa interpretação, a mãe, mesmo sendo a guardiã, não será responsabilizada, pois não estava com o filho naquele momento.

Por outro lado, quando aplicado um método de interpretação teleológico e sistemático, amplia-se o sentido da norma em questão e chega-se a diferentes soluções.

Felipe P. Braga Netto (2008, p. 160) ressalta a importância da utilização de uma visão teleológica sobre o artigo, aduzindo que:

Mesmo que o menor, em viagem, cause danos a terceiros, tais danos estão sob o amparo do presente dispositivo [art. 932,I], pois seria absurdamente contrário à **teleologia da norma** apenas responsabilizar os pais pelos danos que os filhos causem “ao lado” deles. (grifos nossos)

Faz-se oportuno, portanto, explicar-se de forma breve estes dois tipos de interpretação jurídica: a teleológica e a sistemática.

A interpretação teleológica, segundo Rizzato Nunes (2005, p. 269), é aquela que “considera os fins aos quais a norma jurídica se dirige.”

Maria Helena Diniz (1996, p. 158) complementa esta definição alegando que a interpretação teleológica “tem como critério o fim prático da norma de satisfazer as exigências sociais e a realização dos ideais de justiça vigentes na sociedade atual.”

Jean-Louis Bergel (2001, p. 332), por sua vez, ressalta que a interpretação teleológica não se prende à literalidade da norma, aduzindo que: “O método teleológico fundamentado na análise da finalidade da regra, no seu objetivo social, faz seu espírito prevalecer sobre sua letra, ainda que sacrificando o sentido terminológica das palavras”.

Quanto ao método de interpretação sistemático, Paulo A. Soares de Carvalho (1998) apresenta a seguinte lição:

A interpretação de maneira sistemática analisa a lei atendo-se ao fato de que o direito é organizado em princípios informadores e hierárquicos, que subordinam as leis em um conjunto harmônico. Portanto, para que sejam as leis por esse modo interpretadas, há que se examinar a sua relação com as demais leis que integram o ordenamento jurídico.

Com base nas definições expostas, pode-se retornar ao estudo do art. 932, inciso I, aplicando-se uma interpretação que utiliza a visão teleológica e sistemática. Sob este enfoque, infere-se que, na frase “*sob sua autoridade e em sua companhia*”, o termo “*autoridade*” designa o poder familiar, enquanto a expressão “*em sua companhia*” não se restringe à ideia de presença

física do filho junto ao genitor no momento do dano, englobando também o sentido de guarda física e, mais do que isso, o sentido de acompanhamento da vida do menor, ainda que à distância.

De fato, o dicionário Michaelis dá ao vocábulo *companhia*, entre outras definições, o significado de convivência, relações sociais, trato íntimo. Portanto, podemos estender o sentido desta palavra para que ela englobe não somente a guarda física, mas também a companhia exercida à distância, em que o genitor acompanha o cotidiano do filho, fiscalizando sua educação, interessando-se pelo seu dia-a-dia, utilizando-se inclusive da tecnologia para aproximar-se do menor, tal como a internet e o telefone. Estas ações também representam o exercício de companhia.

Ao realizar-se uma interpretação teleológica e sistemática, harmoniza-se o art. 932 com o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que, sendo ambos os genitores responsabilizados independentemente de aproximação física, aquele que não acompanhava o cotidiano do filho passará a dar mais atenção a este aspecto, pois saberá que, caso não fiscalize e eduque o menor, ainda que esteja à distância, terá que arcar com a responsabilidade civil. Portanto, esta interpretação induz ambos os pais a serem mais ativos no exercício do poder familiar.

Além do melhor interesse da criança, o enfoque teleológico-sistemático alinha-se ao princípio da reparação integral do dano, pois a vítima terá mais chances de ser ressarcida, uma vez que a indenização será cobrada de ambos os pais.

Portanto, de toda a exposição feita, percebe-se que há diferentes formas de se interpretar o artigo 932, inciso I. Alguns optam pela literalidade, entendendo que o fundamento da responsabilidade civil dos pais está no **dever de vigilância** daquele que está com o menor no momento da ocorrência do dano, seja ele guardião ou não. Outros entendem que o fundamento da responsabilidade é a **guarda física**, devendo responder pelo dano somente aquele que a detenha, seja a guarda física exclusiva ou compartilhada. E outros adotam um viés teleológico-sistemático, estendendo a responsabilidade civil a ambos os pais separados, tomando por fundamento o **poder familiar**.

Feitas essas considerações acerca do fundamento da responsabilidade civil dos pais e da interpretação do art. 932, inciso I, partir-se-á para a análise da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto.

3.2 A doutrina e a jurisprudência sobre a responsabilidade civil dos pais separados

A doutrina e a jurisprudência sobre a responsabilidade civil dos pais separados não têm demonstrado um consenso. Há uma divergência de opiniões.

Paulo Lôbo (2011, p. 321) entende que a responsabilidade civil será do genitor em cuja companhia estava o menor quando o dano ocorreu, independentemente de ser guardião ou não. O autor afirma que “para pais separados, o requisito da companhia depende de prova, para verificar se o menor causou o dano quando estava com o guardião ou com o outro, no exercício de direito de visita.”

Percebe-se que o autor busca uma interpretação mais literal do art. 932, inciso I, entendendo que a responsabilidade cabe àquele que tinha a companhia da criança quando o dano aconteceu.

Paulo Nader (2008, pp. 4-5) alinha-se a esta interpretação e vai além, afirmando que, ainda que o genitor tenha perdido o poder familiar, será dele a responsabilidade se o filho estiver em sua companhia no momento da ocorrência do dano:

[...] Em caso de pais separados ou divorciados, a responsabilidade é de quem se encontrava naquela condição (filho em sua companhia e sob sua autoridade). Se a guarda é da mãe, mas o ato ilícito foi praticado quando o filho se encontrava em companhia de seu pai, deste será a responsabilidade. Estando em andamento a ação de separação ou divórcio, a guarda deverá ser definida pelo juiz do feito, cabendo ao guardião a responsabilidade. Se um dos genitores perder o poder familiar, nem por isto ficará isento de responsabilidade em relação aos danos causados pelo filho, encontrando-se este em sua companhia no momento da ocorrência.

José de Aguiar Dias (2006, p. 749), por sua vez, entende que a responsabilidade civil está vinculada ao **dever de vigilância** e acrescenta que a responsabilidade dos pais pode ser **intermitente**:

A responsabilidade do pai pode, aliás, ser intermitente, cessando e restaurando-se, conforme a delegação de vigilância, efetiva e a título de substituição, como acontece no caso de menores que freqüentem estabelecimento de ensino ou de aprendizagem em geral ou mesmo de trabalho.

Sérgio Cavalieri Filho (2009, pp. 186-187) coaduna-se com esta ideia de responsabilidade intermitente, aduzindo que:

Se, de maneira contínua e fora do domicílio paterno, o menor é confiado à guarda dos avós, de educador, de estabelecimento de ensino, ou trabalha para outrem, a estes caberá a responsabilidade durante o período em que exercerem o poder de direção sobre o menor, e assim por diante.

Sobre este assunto, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de responsabilização de qualquer pessoa que esteja encarregada de cuidar do menor, independentemente de guarda ou parentesco, conforme ementa a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONDE SOLIDARIAMENTE PELO DANO CAUSADO POR MENOR A PESSOA QUE, NÃO SENDO SEU PAI, MÃE, TUTOR, TEM, COMO ENCARREGADA DA SUA GUARDA, A RESPONSABILIDADE DA VIGILANCIA, DIREÇÃO OU EDUCAÇÃO DELE, OU VOLUNTARIAMENTE, O TRAZ EM SEU PODER OU COMPANHIA. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 27 E 68, PAR 4, DO CÓDIGO DE MENORES, COMBINADO COM OS ARTIGOS 1.521, II E 1.523 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF, 2ª T, RE 76.876-MG, j. 16-11-1976, Rel. Min. Leitão de Abreu, DJU, 31 dez. 1976, p. 11238)

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 147), por sua vez, entende que a “responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. E que a falta daquela pode levar à exclusão da responsabilidade”

Colocando a guarda como base da responsabilidade dos pais, o autor explica que:

Em caso de guarda unilateral, responde somente o genitor que a tem, embora ambos sejam detentores do poder familiar. Como na guarda compartilhada ambos detêm o poder de fato sobre os filhos menores, mantendo-os “sob sua guarda e autoridade” (CC, art. 932, I), respondem solidariamente pelos atos ilícitos dos filhos menores. (GONÇALVES, 2012, p. 298)

Portanto, se colocado o enfoque na guarda e não no poder familiar, a responsabilidade civil será apenas daquele que é detentor da guarda. Entretanto, em situações de guarda compartilhada, ambos os pais serão responsabilizados.

Sobre a guarda compartilhada, Ana Maria Milano Silva (2008, p. 122) também entende que a responsabilidade incide sobre ambos, explicando que:

As decisões relativas à educação serão tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre esta presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetivo na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores.

Mário Aguiar Moura também filia-se à interpretação que considera a guarda como fundamento da responsabilidade dos pais, não interferindo o fato de ambos deterem o poder familiar:

[...] Se a guarda de filho está confiada a um dos genitores, a responsabilidade patrimonial decorrente de prática de atos ilícitos contra terceiros é imputável tão somente ao detentor da guarda, ainda que o outro continue com o pátrio poder. O fundamento jurídico é este: falta de vigilância cria a culpa in vigilando. E a vigilância é consequência jurídica da guarda e não do pátrio poder.”(MOURA apud SILVA, 2008, p.117)

Neste sentido já julgou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina em decisão que atribuiu a responsabilidade civil apenas ao genitor detentor da guarda, desconsiderando-se o poder familiar exercido por ambos os pais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - DISPARO DE ARMA DE FOGO - LESÕES CORPORAIS CONFIGURADAS - DEMANDA AJUIZADA CONTRA OS GENITORES DO AUTOR DOS DISPAROS - PAIS SEPARADOS JUDICIALMENTE - MENOR SOB A GUARDA MATERNA - FALTA DE PODERES DE VIGILÂNCIA DO GENITOR - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PAI RECONHECIDA - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RELAÇÃO A ELE - EXEGESE DO ART. 1.521 DO CÓDIGO CIVIL DE 1.916.

Se o casal se encontra separado judicialmente, responde pelo ato do filho somente o cônjuge que ficou com a guarda, pois o outro não tem poderes de vigilância sobre o menor.

(TJSC, Apelação Cível n. 2008.067642-5)

Importante a noção de que a guarda física não significa fiscalização ininterrupta do filho, conforme entendimento do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

A responsabilidade paterna pelos atos danosos do filho menor persiste enquanto este não completar a maioridade, desde que esteja sob sua guarda e fiscalização, que, evidentemente, não é a guarda diária, 24 horas por dia, mas a que decorre da vida em comum, sob orientação e conselhos [...].(1º TACSP – 8ª C. – Ap. – Rel. Raphael Salvador – j. 29.10.1987 – RT 625/110).

Até aqui destacou-se a doutrina e a jurisprudência que defendem a responsabilidade civil de apenas um dos pais separados, exceto nas situações de guarda compartilhada, onde há o entendimento de que ambos respondem devido ao fato de os dois deterem a guarda do menor.

Agora, passa-se à análise da doutrina e da jurisprudência que entendem ser a responsabilidade civil de ambos os genitores, devido ao poder familiar exercido pelos pais, independentemente de quem detenha a guarda.

Neste sentido, muito esclarecedora é a lição de Maria Berenice Dias (2009, p. 389) a qual leciona que:

Ainda que a referência legal seja aos pais que estiverem com os filhos em sua **companhia**, descabido não responsabilizar também o genitor não guardião. Não há como limitar a responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores, à circunstância de estarem eles na companhia do genitor. Afinal, nem a guarda unilateral limita ou restringe o poder familiar (CC 1.583 e 1.584). Há que se reconhecer que a **responsabilidade parental** decorre do poder familiar, que é exercido por ambos os genitores.

A opinião da autora é interessante pois destaca que, mesmo na guarda exclusiva, o poder familiar é exercido por ambos os pais. Deste modo, o genitor que não detém a guarda pode continuar tendo o filho em sua companhia. Este fato é muitas vezes ignorado pela maior parte da população, a qual acredita que o não-guardião não tem direito de intervir ativamente na vida do filho, devendo limitar-se a cumprir o calendário de visitas.

Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes compartilham desta mesma opinião, interpretando a expressão “*sob sua autoridade e em sua companhia*” da seguinte forma:

O CC, ao empregar a expressão sob sua autoridade, parece ter procurado preservar a abrangência da responsabilidade, atingindo também os pais que, embora não detentores da guarda, têm os filhos sob sua autoridade parental. Como no CC 1916, fala-se em companhia, mas o termo deve ser entendido mais no sentido de influência sobre a criança do que uma vigilância concreta e um contato físico permanente com o menor. (TAPEDINO, BARBOZA & BODIN, 2006, p. 830)

Neste mesmo sentido já julgou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AÇÃO DE COBRANÇA. AQUISIÇÃO DE ROUPAS EFETUADA POR MENOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Em que pese estar a menor sob a guarda exclusiva da mãe, responde o pai pelos atos por ela praticados, nos termos do art. 932, inc. I e art. 1.632, ambos do Código Civil, pois **o poder familiar não se altera pela separação judicial**. Assim, o réu é legítimo para figurar no pólo passivo da ação.

2. Tendo a filha menor do réu realizado a compra, o que foi admitido em sede recursal, tem o demandado o dever de efetuar o pagamento correspondente, respondendo assim pelo ato da menor. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, traz uma decisão interessante acerca de um caso em que os pais são separados e o menor reside com a avó, sendo que a guarda pertence ao pai:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA AVÓ EM FACE DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR MENOR. SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS. DEVER DE VIGILÂNCIA DA AVÓ. REEXAME DE FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.
2. Ação de reparação civil movida em face dos pais e da avó de menor que dirigiu veículo automotor, participando de "racha", ocasionando a morte de terceiro. A preliminar de ilegitimidade passiva dos réus, sob a alegação de que o condutor do veículo atingiu a maioria quando da propositura da ação, encontra-se preclusa, pois os réus não interpuuseram recurso em face da decisão que a afastou.
3. Quanto à alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente a responsabilização das mesmas, motivo pelo qual, por si só, não há falar em violação aos arts. 932, I, e 933 do CC.
4. **A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente.** Ademais, não pode ser acolhida a tese dos recorrentes quanto a exclusão da responsabilidade da mãe, ao argumento de que houve separação e, portanto, exercício unilateral do poder familiar pelo pai, pois tal implica o revolvimento do conjunto fático probatório, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ.
5. **Em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária.** A insurgência quanto a exclusão da responsabilidade da avó, a quem, segundo os recorrentes, não poderia se imputar um dever de vigilância sobre o adolescente, também exigiria reapreciação do material fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 7/STJ.
6. Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, reduzo a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), acrescido de correção monetária a partir desta data (Súmula 362/STJ), e juros moratórios a partir da citação, conforme determinado na sentença (fl. 175), e confirmado pelo Tribunal de origem (fls. 245/246).
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.
(STJ, REsp 1074937 / MA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/10/2009) (grifos nossos)

Nesta situação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a responsabilidade civil incide sobre todos, tanto os pais quanto a avó, reafirmando assim a noção de que qualquer pessoa

pode ser responsabilizada por ato ilícito de menor, independentemente de guarda judicial, bastando para tanto que exista o dever de vigilância.

Muito embora o Superior Tribunal de Justiça tenha decidido no caso acima que a responsabilidade civil é de ambos os pais devido ao poder familiar, quando houver situação excepcional que comprove que apenas um dos genitores deu oportunidade para que o ato ilícito ocorresse, a responsabilidade do outro poderá ser afastada, conforme entendimento do próprio tribunal em um caso onde a mãe adquiriu um revólver e o guardou dentro de casa, possibilitando que o menor pegasse a arma e cometesse um homicídio:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I - Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626).

IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. Acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima.

V - Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 777327/RS, 3ª T., Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/11/2009)

Este acórdão permite traçar algumas reflexões acerca do poder familiar e seu efeito sobre a responsabilidade civil. Embora a mãe tivesse guardado uma arma dentro de casa, se o filho tivesse recebido uma boa educação de ambos os pais, ele teria cometido o crime? Se o pai, ainda que distante, tivesse educado o menor, inculcando-lhe princípios, e fiscalizado o desempenho do

exercício da guarda pela mãe, ou até mesmo requerido na justiça a transferência da guarda para si, a tragédia teria acontecido?

São questões que indagam o alcance do dever de fiscalização e educação inerentes ao poder familiar.

De todo o exposto, sintetiza-se que existem basicamente duas linhas de interpretação acerca da responsabilidade civil dos pais separados: uma que entende que a responsabilidade civil será **somente** daquele que tem o dever de vigilância do menor no momento da ocorrência do dano, não importando se o genitor é guardião ou não; e outra que fundamenta a responsabilidade civil no **poder familiar**, entendendo que ambos os genitores devem reparar o dano, uma vez que o poder familiar não se extingue com a separação dos pais, subsistindo assim o dever de fiscalizar e educar o menor, ainda que à distância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, pode-se concluir que não há consenso acerca da responsabilidade civil dos pais separados. Entretanto, é possível distinguir duas principais correntes de interpretação do assunto, tal como explicado no terceiro capítulo: uma que entende que a responsabilidade cabe somente ao genitor que tinha o dever de vigilância do menor no momento da ocorrência do dano, e outra que afirma que a responsabilidade incide sobre ambos os pais por força dos deveres e direitos oriundos do poder familiar.

Apesar da divergência doutrinária e jurisprudencial, algumas situações se mostram mais claras de resolver, a exemplo do acórdão do STJ apresentado no terceiro capítulo (REsp 777327/RS), em que a mãe comprou um revólver e o guardou dentro de casa, ao alcance do menor. Nesses casos, em que resta evidente que apenas um dos genitores deu causa ao ato ilícito, apenas ele deverá responder pelos danos.

Muito embora possa haver dúvidas sobre quem pagará a indenização, o ressarcimento da vítima é sempre certo. Isto porque a responsabilidade dos pais é objetiva, desde modo a vítima não precisa comprovar a culpa deles, tão somente o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do menor.

Para solucionar a dúvida quanto a atribuição da responsabilidade civil nos casos de pais separados, talvez fosse o caso de cogitar-se uma alteração da redação do art. 932, estabelecendo-se o seguinte: a vítima será ressarcida independentemente de verificação de culpa dos pais, porém entre os genitores haverá a averiguação de culpa para saber se a responsabilidade civil incidirá sobre ambos ou apenas um deles. Deste modo, a responsabilidade perante a vítima seria objetiva, mas entre os genitores, subjetiva.

Não se descarta a possibilidade de o genitor que reparou o dano entrar com ação de regresso contra o outro. Neste caso deverá ter lugar uma instrução probatória. Caso reste comprovado que ambos os pais deveriam ter reparado o dano, aquele que pagou a indenização poderá reaver os valores despendidos em função da metade referente ao outro. Esta ação de regresso é possível, tendo-se em vista que o art. 934 do Código Civil proíbe tão somente a situação em que o genitor demande regressivamente contra o menor.

Quanto à responsabilidade civil na guarda compartilhada, viu-se que a grande maioria dos doutrinadores entendem que a responsabilidade civil será de ambos os pais, baseando-se no fato de que os dois têm a guarda e, portanto, igual capacidade de fiscalizar e educar o menor. Cabe lembrar, aqui, a importante lição da Ministra Nancy Andrighi no acórdão apresentado no segundo capítulo, onde ficou destacado que a guarda conjunta deve ser exercida com verdadeiro compartilhamento da custódia física, incluindo a possibilidade de alternância de residências, a fim de evitar que as guardas compartilhadas se tornem guardas unilaterais disfarçadas, onde um dos pais exerce a guarda de fato, enquanto o outro apenas paga alimentos e cumpre o calendário de visitas.

Por último, pode-se concluir que uma interpretação mais abrangente do art. 932, sob um viés teleológico e sistemático, permite compreender a expressão “*sob sua autoridade e em sua companhia*” como sendo o próprio poder familiar, independentemente de guarda física. Esta leitura

coaduna-se com o princípio do **melhor interesse da criança**, eis que obriga ambos os pais a exercer de forma ativa o seu poder familiar, ainda que estejam longe dos filhos.

De fato, com toda a tecnologia disponível atualmente, a distância não pode ser utilizada como pretexto para o mal desempenho dos deveres parentais, uma vez que o genitor pode continuar interagindo com seus filhos através dos diversos meios de comunicação, como o telefone, a internet, etc.

Desta forma, conclui-se que a jurisprudência deve fixar-se no sentido de que o fundamento da responsabilidade civil dos pais é o **poder familiar**, não importando com quem esteja a guarda física. Agindo assim, a justiça coagirá os genitores a acompanhar mais de perto a vida dos filhos, de modo a evitar que sobre si recaiam demandas judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002* – Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916* – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

_____. *Lei 8.069 de 13 de julho de 1990* - Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>.

_____. *Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo* – 8ª C. – Ap. – Rel. Raphael Salvador – j. 29/10/1987 – RT 625/110

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.251.000/MG*, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1074937/MA*, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1147138/SP*, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 11/05/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 777327/RS*, 3ª T., Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Especial n. 76.876/MG*, Rel. Min. Leitão de Abreu, j. 16/11/1976. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2008.067642-5*, de Lages. Rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 08/05/2009. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Recurso Cível Nº 71001717693*, Primeira Turma Recursal Cível, Rel. Ricardo Torres Hermann, j. 09/10/2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>

BRUNO, Denise Duarte. Direito de visita: direito de convivência. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003, p. 311-324.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n.28, p. 5-25, fev-mar.2005.

CARVALHO, Paulo A. Soares de. *A questão da interpretação das leis*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/28>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Jose de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: FORENSE, 1995. v. 1.

_____, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. v. 7.

_____, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2011. v. 4

_____, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2012. v. 6

_____, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 4. ed. Freitas Bastos, 1995, v.5.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado- Parte Especial*. 4.ed. 2.tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. VIII, p. 94-101.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 42. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2012. v. 2.

MOURA, Mário Aguiar. *Guarda de filho menor*. Ajuris 19. Porto Alegre, jul. 1980.

NADER, Paulo. *Responsabilidade civil dos pais em face de terceiros*. Estado de Direito. Porto Alegre: fev./mar. 2008, ano 2, n. 13. p. 4-5. Disponível em: <www.estadodedireito.com.br> Acesso em: 10 jun. 2012.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo. Saraiva. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6

SILVA, Ana Maria Milano. *A Lei sobre Guarda Compartilhada*. 2. ed. Leme/São Paulo: J. H. Mizuno, 2008.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Vol. II (arts. 421 a 965). Rio de Janeiro: Renovar, 2006

VENOSA, Sílvio de Salvo . *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4

_____, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 6

VIANA, Marco Aurélio S. *Da guarda, da tutela e da adoção*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993

